

## الفصل الثالث:

### تقسيمات القاعدة القانونية (أمرة ومكملة)

تتعدد مسالك القانون في تنظيم علاقات الأشخاص في المجتمع، فهو ينظم هذا السلوك على نحو معين لا يرتضى بغيره بديلا، وقد ينظمه على نحو يترك فيه للأفراد حرية تنظيمه، على وجه قانوني آخر<sup>1</sup>، وعليه نجد في بعض القواعد القانونية ان القانون يقيد حرية الفرد، بحيث يمنع من مخالفة نصوصها، وحينئذ تكون هذه القواعد امرة، اما في بعضها الاخر فنجد ان القانون يمنح الفرد نوعا من حرية الاختيار في تنظيم نشاطه، وحينئذ نكون بصدد القواعد المكملة.

### المبحث الأول:

#### مفهوم القواعد الامرة والمكملة.

تنقسم القواعد القانونية من حيث تنظيمها للحقوق :قواعد موضوعية ( القانون الموضوعي )، قواعد شكلية ( القانون الشكلي )،ومن حيث درجة الإلزام أو من حيث إمكانية الأطراف مخالفتها تنقسم إلى قواعد أمرة، و قواعد مكملة .

القانون الموضوعي هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الحقوق و الواجبات ( أي أن القاعدة القانونية إذا كانت تحدد أصل الحق، و تحدد الالتزامات و الواجبات . آثار الإضرار بالحق . إذن هي قواعد موضوعية . مثل . قواعد القانون المدني و القانون التجاري و قانون العقوبات ، اغلب القواعد الواردة فيها هي قواعد موضوعية لأنها تتكلم في صلب الحق .

القانون الشكلي هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين الإجراءات و الوسائل الواجب إتباعها من اجل اقتضاء الحق المقرر. مثل طرق رفع الدعوى و آجالها . طرق الطعن و اختصاص المحاكم . فهنا القواعد لا تنظم أصل الحق و إنما تنظم طرق الوصول إلى الحق . مثل غالبية قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و قانون الإجراءات الجزائية .

ما الفائدة من تقسيم القاعدة القانونية إلى موضوعية و شكلية . أولا نبدأ إن القانون لا يسري بأثر رجعي و لا يطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدور القانون إنما يطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدور القانون إنما يطبق على الوقائع و الحوادث المستقبلية أي التي تحدث بعد صدور القانون و هذا من مبادئ العدالة .

لكن هذا بالنسبة للقواعد الموضوعية و ليس بالنسبة للقوانين الشكلية ، لأنها تتناول موضوع الحق لتجديد الحقوق و الواجبات . أما بالنسبة للقوانين الشكلية فإنها تسري على الماضي .

<sup>1</sup> عبد الناصر توفيق العطار: المرجع السابق، ص 119.

بالنسبة للقضايا التي لم يصدر فيها حكم نهائي . لماذا؟ لأنها لا تؤثر في الحق ( أو أصل الحق ) و تكون أصلح للناس و المجتمع.

## المطلب الأول:

### المقصود بالقواعد الأمرة.

قواعد القانون سواء كانت أمرة أو مكملة هي قواعد ملزمة، تتضمن أمرا أو نهيا ينطوي على الإلزام .فما هو تعريف كل منهما؟

**الفرع الأول: تعريف القواعد الأمرة ( المطلقة ) La règle impérative:**

القواعد الأمرة قواعد مفروضة ولا خيار للأفراد في إتباعها أو عدم إتباعها، بل عليهم الخضوع المطلق لأحكامها والعمل بمقتضاها، وقد جرى الفقه على تسميتها بالقواعد الأمرة أو الناهية أو الباتة<sup>2</sup>. و سميت بالمطلقة لأنها مطلقة التطبيق . لا يجوز بأي حال من الأحوال الأفراد مخالفتها أو لا يتفقوا على مخالفتها . و القواعد الأمرة هي " القواعد التي لا تجوز للأفراد مخالفتها وكل اتفاق على مخالفتها يكون باطلا". و سبب ذلك لأنها تتعلق بالمحافظة على نظام المجتمع و كيانه و مقدماته.

**أمثلة:** لا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة قتل ولو برضاء المجني عليه . لا يجوز الزواج بإحدى المحرمات و لو اتفق الأطراف على ذلك.

**الفرع الثاني: نطاق تطبيقها ( مجالها ).**

تهيمن على فروع القانون العام ( الدستوري و الإداري و العقوبات )

**أولا: في إطار القانون الدستوري**

القواعد التي تحدد شكل الدولة و نظام الحكم فيها فلا يمكن مثلا الادعاء بوجود نظام ملكي في الجمهورية الجزائرية او نظام جمهوري في المملكة المغربية .

**ثانيا: في إطار القانون الإداري**

مثلا القواعد المتعلقة بتعيين أو ترقية أو نقل أو عزل موظف هي قواعد أمرة ، فليس للموظف الحق في الاعتراض على أي قرار إداري .

**ثالثا: في إطار القانون العقوبات.**

<sup>2</sup> عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص120.

القواعد التي تحدد العقوبات و الجرائم المحددة لها ... فالقواعد التي تنهى عن الرشوة أو التزوير أو القتل أو السرقة و غير ذلك من الجرائم لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها<sup>3</sup>. أيضا القواعد الأمرة توجد في فروع القانون الخاص لماذا؟ لان كثيرا من العلاقات الخاصة تتصل بالأسس التي يقوم عليها نظام الجماعة ( قانون مدني . أحوال شخصية . قانون دولي خاص ) و لأنها تتصل بالمصلحة العامة و لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

### المطلب الثاني:

#### المقصود القواعد المكملة : La règle supplétive

في هذا الفصل سنتطرق الى القواعد المكملة ما المقصود منها في ( الفرع الأول)، ومدى الزاميتها اذا كان بإمكان مخالفتها؟ ( كفرع ثاني)

#### الفرع الأول: تعريف القواعد المكملة:

هي بخلاف القواعد الأمرة، هي القاعدة التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، لأنها تتعلق بالمصالح الخاصة، و سميها المكملة لأنها الإرادة المشتركة للعاقدين بالنسبة للتفاصيل التي لم يتعرضوا لها في عقودهم . و يطلق عليها أيضا القواعد المقررة les règles déclaratives أو مفسرة interprétatives<sup>4</sup>، لأنها تقرر في الفروع و التفاصيل التي لم يقرر بشأنها أطراف التعاقد و المفسرة لأنها تفسر إرادة الأطراف في التفاصيل التي سكتوا عنها .

أولا: مجال تطبيقها تشييع في فروع القانون الخاص و خاصة في قواعد العقود مثل القاعدة القانونية التي تقرر وجوب دفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم تتدخل إرادة المتعاقدين . (المادتان 387 و 388 من التقنين المدني)، القواعد التي تنضم علاقة المؤجر بالمستأجر (المادة 479 من التقنين المدني).

#### الفرع الثاني : مدى إلزامية القاعدة المكملة :

يرى بعض الفقه أنه يوجد تعارض بين خاصية إلزامية القاعدة القانونية وجواز مخالفة القاعدة المكملة، أي أن القاعدة المكملة تخلو من الإلزام و أنها قاعدة غير قانونية، لأنها تتيح للأفراد إمكانية مخالفة حكمها، بحيث إذا ما اتفقوا على مخالفتها، كان اتفاقهم صحيحا، أما إذا سكتوا ولم يتفقوا على مخالفتها فإنها تسري في حقهم، وهذا غير صحيح فقواعد القانون كلها قواعد ملزمة سواء كانت أمرة أو مكملة.

<sup>3</sup> المادة 288 ق ع ج تعاقب على القتل، المادة 350 ق ع ج تعاقب على السرقة، و المادة 450 ق ع ج تعاقب على

إتلاف مال الغير، و المادة 197 ق ع ج تعاقب على التزوير.

<sup>4</sup> على فيلالي، مقدمة في القانون، دار موقم للنشر، الجزائر، 2005 ، ص 22

فالقاعدة المكملّة إذن ملزمة وكل ما في الأمر أن تطبيقها معلق على شرط عدم اتفاق الطرفان على مخالفتها، فإذا لم يتفق الطرفان على تطبيقها أصبح ما تقرره ملزماً لهما، أما إذا اتفق الطرفان على مخالفتها فإنها لا تطبق على علاقتهما القانونية، أي أن عدم تطبيقها في هذه الحالة لا يرجع إلى عدم إلزاميتها وإنما يرجع إلى عدم توافر شرط هذا التطبيق<sup>5</sup>.

### المبحث الثاني:

#### معيار التفرقة بين القواعد الآمرة و القواعد المكملّة.

للتمييز بين هذين النوعين من القواعد أهمية بالغة، إذ يتوقف على هذا التمييز مصير اتفاقات الأطراف من حيث الصحة والبطالان، بعد أن انتهينا إلى أن القواعد الآمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما القواعد المكملّة هي التي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها. بقي لنا أن نتساءل عن: كيف نعرف أن القاعدة القانونية أمرة أو مكملّة؟

هناك معياران للتمييز بينهما المعيار اللفظي/ نعود فيه إلى صياغة نص القاعدة القانونية و للفظها، والمعيار المعنوي ( الموضوعي ) نرجع فيه إلى معنى القاعدة القانونية .

#### المطلب الأول:

##### المعيار اللفظي.

يعتمد هذا المعيار على نوعية القاعدة القانونية وسهولة التعرف على عبارات النص والفاظه، فقد تدل عبارة النص على أن القاعدة ذات طبيعة أمرة، كما لو جاء في نص المادة العبارات التالية: عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكم هذا النص، يقع باطلاً كل اتفاق على ما يخالف النص، لا يجوز، يجب...، يقع باطلاً كل شرط يقضي بخلافه،... يعد باطلاً.. يعاقب،... إلخ. أما إذا تضمن نص القاعدة الألفاظ التالية كانت قاعدة مكملّة: ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ما لم يتفق على غيره، يجوز الاتفاق على، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

قواعد أمرة	قواعد مكملّة
لا يجوز -	ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك
و لو وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك	ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك

<sup>5</sup> سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية -الوجيز في نظرية القانون- دار هومة ، الطبعة السابعة عشر، 2009، ص114.

يقع باطلا -	يحق لل..... أو كان له الحق
تحت طائلة البطلان -	"يجوز" ..... " ل ""

- **تطبيقات المعيار اللفظي :**
- أمثلة عن القاعدة الأمرة :
- كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه المادة 384 ق م ج " يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها و لو وجد اتفاق يخالف ذلك " المادة 587 ق م ج .
- التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا و لو كانت برضاه " المادة 92 ق م ج .
- تنص المادة 454 ق م ج على أنه "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك."
- تنص المادة 107 ق م ج على ما يلي "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.
- تنص المادة 110 ق م ج على أنه " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

- أمثلة عن القواعد المكملة :
- إذا لم يعين الاتفاق أو العرف " مكانا أو زمانا للتسليم المبيع وجب على المشتري ان يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع " المادة 394 ق م ج .
- تنص المادة 368 ق م ج على أنه 'إذا وجب تصدير المبيع للمشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك."
- تنص المادة 356 ق م ج على ما يلي "يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".
- تنص المادة 387 ق م ج على ما يلي "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك."

#### المطلب الثاني:

#### المعيار المعنوي ( الموضوعي )

درج الفقه على القول بأن النظام العام والآداب العامة هو المعيار المعنوي للتمييز بين القواعد الأمرة والمكملة، أي هو الذي يطبق بالاعتماد على مضمون النص. ما إذا كانت

القاعدة القانونية تتعلق بالنظام العام و آداب العامة فهي أمره ولا يجوز مخالفتها ، و إذا كانت القاعدة لا تتعلق بالنظام العام و الآداب العامة بل تنظم المصالح الخاصة بأطراف التعاقد إذا هي قاعدة مكملة و يجوز للأطراف مخالفتها .

لماذا؟ لان الأصل هو حرية التعاقد بين الأفراد ، إلا انه لا يجوز الاتفاق على مخالفة النظام العام و الآداب العامة. و يصبح الاتفاق المخالف باطلا بطلانا مطلقا منه إبرامه و لا تترتب عليه أية آثار . و للقضاء دور في تعيين حدود قاعدتي النظام العام و الآداب العامة .

### الفرع الأول: مفهوم قاعدة النظام العام :

هو الأساس السياسي، و الاجتماعي، و الاقتصادي، و الخلقي الذي سيسود المجتمع في وقت من الأوقات، بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون استقرار هذا الأساس ( مقوماته الأساسية ).

وترجع صعوبة تعريف النظام العام تعريفا دقيقا الى أن فكرته مرنة غير محددة، بمعنى انها فكرة نسبية تتغير وفقا للمكان والزمان، فهي تختلف من مجتمع لآخر<sup>6</sup>.

### أولاً: تطبيقاته في نطاق القانون العام .

تعتبر قواعد القانون العام كلها متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف احكامها، فقواعد كل فروع القانون العام تتعلق بالنظام العام لأنها تمس كيان الدولة السياسي والاجتماعي والاقتصادي.

فقواعد القانون الدستوري تتعلق بالنظام العام فيعتبر باطلا كل اتفاق يخالفه كتنازل شخص عن حقه في الترشيح بمقابل أو بدون مقابل .

قوانين الأمن العام – يقع باطلا كل اتفاق يتعارض معها كالقوانين الجنائية، مثل الاتفاق على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال . أيضا النظم المالية لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها مثلا شخص ملزم بضريبة جعل بدله شخص آخر غير الممول الذي عينه القانون.

و النظم الإدارية يقع باطلا كل اتفاق يتعارض مع المصلحة العامة التي تحققها هذه النظم. كالتنازل عن الوظيفة أو الاتجار بالوظيفة من بيع و تنازل عن وظيفته للغير. يعتبر غير مشروع لأنه مخالف للنظام العام، الحريات العامة مكفولة في الدستور.

<sup>6</sup> شاهر إسماعيل الشاهر، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، 2018 دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 104.

## ثانيا: تطبيقاته في القانون الخاص .

لا تقتصر قاعدة النظام العام على القانون العام بل تمتد الى القانون الخاص، سواء تناولت قواعد هذا القانون روابط الأحوال الشخصية أم روابط الأحوال العينية .

مثلا الحالة المدنية للشخص و أهليته : تعتبر الحالة المدنية للشخص من النظام العام. لان القواعد المنظمة لهذه الحالة لا يقصد بها فقط حماية الشخص بل يقصد بها كذلك حماية الجماعة التي ينتمي إليها . و عليه يعتبر باطلا كل اتفاق الغرض منه تعديل جنسية الشخص أو تغيير اسمه ، باستثناء الاسم التجاري جاز التصرف فيه.

والقواعد الأهلية من النظام العام نصت عليها المادة 45 ق م ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها " وعلى ذلك يقع باطلا كل اتفاق من شأنه اعتبار القاصر بالغاً " .

## الفرع الثاني: الآداب العامة.

تمثل الآداب العامة مجموعة الأسس والمبادئ الخلقية الأساسية اللازمة للمحافظة على المجتمع من الانحلال والانهيار الخلقي، وهي المبادئ التي تنبع من التقاليد والمعتقدات والأخلاق في المجتمع، والتي يتكون منها الحد الأدنى للقيم والأخلاق التي يعد الخروج عليها انحرافا ، وتحللا يدينه المجتمع<sup>7</sup>.

## أولا : تطبيقات فكرة الآداب العامة:

قضت المحاكم ببطلان الاتفاقات الخاصة عند مخالفتها للآداب العامة، في مسائل شتى تتعلق في الغالب ببيوت الدعارة والمقامرة.

-عقد الهتاف الذي يبرم بين مدير المسرح وجماعة من الهتافة، يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح، لان الغرض منه هو خداع الجمهور.

- عقد تلاوة القرآن الذي كان ينظر اليه على أنه تجارة بكلام الله تعالى، والذي أصبح ينظر اليه على أنه وسيلة للإرتزاق<sup>8</sup>.

## ثانيا: سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب العامة.

<sup>7</sup> علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون-نظرية القانون -طبعة 1985،ص 06.

<sup>8</sup> شاهر إسماعيل الشاهر، مرجع سابق، ص 112.

لقد اتخذ المشرع من فكرة النظام العام والآداب العامة معياراً موضوعياً للتمييز بين القواعد الآمرة والمكملة، غير أن هذه الفكرة لم يحددها المشرع بل ترك أمر تحديدها للقاضي الذي تكون له في سبيل ذلك سلطة تقديرية واسعة. نظراً لعدم ثباتها وتغيرها في الزمان والمكان. غير أن القاضي يجب عليه ينظر إلى الاتجاه السائد في المجتمع والنظام القانوني السائد لا إلى رأيه الشخصي، ولذلك فإن تطبيق فكرة النظام العام والآداب العامة رغم مرونتها يعتبر عملاً قانونياً، يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة التي تراقب حسن تطبيق القانون<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 123.



---